

A TUTELA INIBITÓRIA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Antônio Victor Assed Estefan Gomes**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tutela jurisdicional preventiva. 2.1. Da proibição da autotutela. 2.2. Princípio do acesso a justiça e da efetividade: predisposição de técnica processual adequada para tutela dos direitos. 2.3. Ausência de uma tutela jurisdicional realmente preventiva. 2.4. A necessidade de um novo modelo processual. 3. Da tutela inibitória. 3.1. Considerações sobre a tutela inibitória. 3.2. Precedentes da tutela inibitória. 3.3. Casos típicos de tutela preventiva no direito pátrio. 3.4. Existência de um princípio geral da prevenção para construção de uma tutela inibitória atípica. 4. o artigo 461 do código de processo civil e sua análise. 4.1. Fonte normativa da tutela inibitória individual. 4.2. Críticas da doutrina. 4.3. Análise do dispositivo. 4.4. Importância do dispositivo. 5. Conclusão

1. Introdução

A retórica aqui abordada gira sobre a utilização da tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais, focalizando a importância da efetiva e adequada tutela dos direitos em busca da pacificação social.

Tal estudo encontra sua plena justificativa na relevância do tema abordado para cidadão e também para a sociedade de um modo geral, preocupados em tutelar efetivamente os direitos proclamados por suas legislações.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos

Os direitos não-patrimoniais não encontram adequada tutela na técnica ressarcitória, implicando esta numa injusta expropriação de direitos. Portanto, o meio mais eficaz seria aqueles que garantissem que estes direitos não fossem sequer violados, lançando mão de uma técnica preventiva que inibiria o ilícito.

A sociedade moderna é dinâmica, não devendo o Direito ser estático, logo, é importante para os cidadãos que nossas regras sejam as mais eficientes possíveis no que tange a efetividade do instrumento ao alcance do jurisdicionado.

Daí, começou-se a perceber que o procedimento ordinário não propiciava a efetiva tutela que se buscava e deu-se início ao estudo das tutelas diferenciadas.

Portanto, sob a égide dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, os legisladores e os juristas passaram a analisar o processo através de uma lente sociológica, importando-se mais com seus resultados concretos e não apenas formais.

Pensou-se, então, na tutela inibitória, pois não caberia transformar em pecúnia aquilo que não tem preço, o melhor seria prevenir do que ressarcir, sendo que esta espécie de tutela implica os mesmos efeitos da observância espontânea das normas de direito material, pretensão maior do credor que está na iminência de ver seu direito violado.

2. Tutela jurisdicional preventiva

2.1. Da proibição da autotutela

A implantação de um Estado de Direito implica para sua sobrevivência na proibição da autotutela, impedindo que os cidadãos garantam por suas próprias mãos os seus interesses que acreditam estar juridicamente protegidos.

Tal agir privado gera incertezas e instabilidades jurídicas prejudicando sensivelmente a ordem social, pois, diante da defesa privada, nem sempre quem possui direito

é o vitorioso, sendo certo que o resultado da efetivação desta tutela “nem sempre resulta da vitória daquele que possui razão, mas sim na daquele que possui mais força.”¹

Para se evitar isso, o Estado avocou o importante dever de tutelar de forma efetiva as diversas situações de direito material, não podendo se abster de proporcionar ao titular de um direito o mesmo resultado que ele obteria em sua justiça privada, ou “caso houvesse sido espontaneamente observada a norma de direito substancial.”²

Já Iecionava Luiz Machado Guimarães: “A interpretação das normas processuais deve ser orientada pela consideração de que têm elas por objetivo proporcionar ao credor, sempre que possível, o mesmo resultado que lhe adviria do adimplemento voluntário da obrigação.”³

2.2. Princípios do acesso a justiça e da efetividade: predisposição de técnica processual adequada para tutela dos direitos

O Estado, ao assumir este compromisso, cria para o cidadão o direito de exigir, através do exercício do direito de ação, que os direitos por aquele proclamados sejam efetivamente tutelados. Sendo necessário que o ordenamento jurídico não apenas afirme o direito e sim que lhe ofereça também proteção.

“A ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.”⁴

¹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

³ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 318.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 79.

Ao longo do estudo do Direito, houve uma hipertrofia do direito processual, vez que os juristas se preocupavam demasiadamente com a forma e se esqueciam do conteúdo, tornando o processo por demais moroso e procedimental, deixando de lado o direito material que aquele visa realizar.

Como bem menciona Humberto Theodoro Júnior:

Para firmar-se a autonomia científica do direito processual, os estudos fundamentais desse novo ramo da ciência do direito preocuparam-se, de início, com delinear sua mais completa separação do direito material... Esse comportamento, todavia, se produziu grandes resultados acadêmicos, nenhum efeito concreto significativo conseguiu lograr no campo da melhoria prática da tutela jurisdicional posta à disposição da sociedade.⁵

Esta “processualização” estava indo de encontro à própria essência do instrumento e começou a se pensar no que se denominou efetividade do processo, ratificando-se que o processo existe para atender os desígnios do direito material e estar atento à realidade social.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo.⁶

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Específica das Obrigações de fazer e não fazer. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 12. ⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Revista de Processo*, nº 105 – ano 27, jan-mar, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 181.

“O processo civil deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela dos direitos.”⁷

Portanto, atualmente se vive o momento da relativização do binômio direito/processo, sendo o direito de ação encarado, não apenas como uma garantia da mera possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais, mas também como direito à predisposição da técnica processual realmente capaz de dar tutela às diversas situações concretas.

Mauro Cappelletti explica o que significa a efetividade e o acesso à justiça:

A ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.⁸

Desta forma, a doutrina vem redescobrando a importância das tutelas jurisdicionais diferenciadas, que, segundo o conceito de Luiz Guilherme Marinoni, “nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário, destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito substancial.”⁹

Ao analisar esta preocupação com a instrumentalidade e efetividade dos procedimentos e atento às realidades sociais, o mesmo Marinoni, expõe seu entendimento sobre o tema, ao afirmar:

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 32.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso a Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988. p. 8.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 304.

A vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo a novas realidades e à tutela das várias situações de direito substancial.¹⁰

Com a clara finalidade de adequar os procedimentos às necessidades de situações particulares do direito material e propiciar meios mais eficientes de tutela processual, as tutelas diferenciadas se prestam a valorizar o moderno processo de resultados, onde o compromisso maior da jurisdição é com a efetividade da prestação posta à disposição das pessoas.

Logo, a própria existência do direito material, no plano da efetividade, depende do próprio processo, sendo este direito à efetiva tutela consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente em seu artigo 5º, XXXV, não só obrigando o legislador ordinário a viabilizar instrumentos eficazes à tutela dos direitos, mas também vinculando os juristas a uma releitura das normas infraconstitucionais sob a égide deste princípio.

A corte italiana já afirmou:

O direito a tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo como o próprio princípio democrático assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um juízo em sentido verdadeiro.¹¹

No mesmo diapasão, Cappelletti complementa:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como

¹⁰ *Idem Ibidem*, p. 24.

¹¹ *Idem Ibidem*, p. 80.

sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.¹²

2.3. Ausência de uma tutela jurisdicional realmente preventiva

Uma atividade jurisdicional desqualificada representaria denegação de Justiça, devendo o procedimento atender as peculiaridades da pretensão de direito material.

Este procedimento ordinário, alheio ao direito material, não mais é capaz de proteger efetivamente determinadas situações, por isso a crescente indagação sobre as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas. Não é outra a crítica de Luiz Guilherme Marinoni: “O sistema tradicional de tutela dos direitos, estruturado sobre o procedimento ordinário e as sentenças de classificação trinária, é absolutamente incapaz de permitir que os novos direitos sejam adequadamente tutelados.”¹³

No mesmo sentido de tais assertivas, Mauro Cappelletti fundamenta: “O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível.”¹⁴

Em um sistema que se preocupa em dar efetividade aos direitos que consagra, especialmente aos

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 11-12.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 24.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 10.

direitos não patrimoniais, é fundamental vedar um ato e não apenas reparar um dano, pois este sistema clássico, de natureza nitidamente patrimonialista, atrela o ato ilícito ao dano, não refletindo que o melhor seria que este ato nem tivesse existido, sob pena de uma expropriação injusta imposta pelo próprio tempo necessário para o Estado proteger os direitos que ele mesmo declara. Porém, a tutela ressarcitória permite que a prestação jurisdicional seja estudada à distância do direito material.

No dizer de Marinoni: "A tutela preventiva seria a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia."¹⁵ Tal possibilidade de conversão em perdas e danos está muito afastada das Constituições fundadas na dignidade do homem e na formação de uma sociedade mais justa.

Cappelletti desenvolvendo seus estudos sobre o efetivo acesso à Justiça, no que denominou Terceira Onda, conceituou: "ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas."¹⁶

A tutela repressiva, no tocante aos direitos extrapatrimoniais é incapaz de restaurar o *status quo ante* a lesão, de modo que o titular do direito desfrute deste como se a violação não tivesse existido. As insuperáveis palavras de José Carlos Barbosa Moreira se fazem necessárias para ilustrar esta situação, quando afirma que "nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro."¹⁷

Portanto, enquanto a tutela ressarcitória pelo equivalente tem natureza patrimonialista e individualista, a preventiva mostra preocupação com os direitos

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 24.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 67-68.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de direito processual civil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 23.

fundamentais e com o adequado desenvolvimento do convívio comum.

Porém, como estavam dispostos no Código de Processo Civil vigente antes da reforma introduzida pela lei nº 10.444/02, os meios disponíveis eram ineficazes e obsoletos para instrumentalizar os conflitos da sociedade contemporânea, até mesmo a tutela inibitória, como se vê no interdito proibitório e na nunciação de obra nova, era destinada apenas à proteção da posse e propriedade, direitos de cunho eminentemente patrimonial, tendo se silenciado a respeito dos direitos da personalidade, por exemplo.

Não é outra a opinião de José Carlos Barbosa Moreira ao argumentar:

A tutela preventiva, mediante procedimento especial, fica ordenada no Código, de maneira exclusiva, à proteção da posse e da propriedade. Mal se justifica o tratamento privilegiado, se se considerar, de um lado, que a eventual lesão representada pela turbação, pelo esbulho ou pela execução da obra irregular comporta em geral reparação satisfatória sob a forma da restituição ao estado anterior; de outro lado, que o favor dispensado a tais posições jurídicas mais realça, pelo contraste, o desamparo em que jazem outras, de modo particular exatamente algumas para as quais a falta de adequada tutela preventiva não raro significa, na prática, denegação pura e simples de tutela (direitos não patrimoniais...). Essas têm de submeter-se às delongas do procedimento ordinário, ou na melhor hipótese aos tropeços de um procedimento sumaríssimo...¹⁸

¹⁸ *Idem Ibidem*, p. 66-68

Desta forma, o Código de Processo Civil desprezava totalmente os valores esculpidos na Constituição de 1988, que além de garantir a inviolabilidade dos direitos da personalidade consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Nas palavras de Joaquim Felipe Spadoni:

O dispositivo constitucional garante, assim, não apenas um devido processo legal tendente a uma tutela jurisdicional repressiva, atuada após a lesão do direito, com o fim de que seja feita a reparação dos danos causados ou a sua reintegração. É assegurado, também, o acesso a um processo tendente a evitar a lesão do direito, o acesso a uma tutela jurisdicional preventiva, atuada quando ainda existe apenas a ameaça de lesão, e não já violação consumada.¹⁹

A razão que motivou o legislador do Código de Processo Civil a estabelecer a tutela inibitória expressamente somente nestes casos supra citados reflete o contexto social vivido, uma sociedade patrimonial e individualista, além de eminentemente burguesa.

Posição já atestada por Cappelletti: “Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante.”²⁰

Antes da reforma do Código de Processo Civil, o primeiro procedimento a se pensar seria o cominatório previsto no antigo artigo 287, que em sua parte final

¹⁹ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.* p. 25.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 9.

prescrevia a expressão “para o caso de descumprimento da sentença”, herdada, lamentavelmente do art 302, XI do Código de Processo de 1939, que previa: “a ação cominatória compete, em geral, a quem, por lei ou convenção tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo, sob ameaça de pena.” Porém, o entendimento firmado na época era de que a multa cominada somente incidiria após o trânsito em julgado da sentença e até mesmo, após nova citação do réu vencido, dentro de um complexo procedimento executivo.

Mutatis mutandis, mesmo se a tutela preventiva tivesse sido concedida na forma antecipada não poderia ser efetivada sob pena de multa, pois infringiria expressa previsão legal, que menciona “sentença”. Logo, este antigo artigo não viabilizava uma tutela preventiva, sendo completamente inidôneo para garantir uma efetiva tutela jurisdicional inibitória.

Quando a prestação estava intimamente ligada a uma ação pessoal do devedor – um *facere* ou um *non facere* – esbarrava a concepção liberalista numa barreira intransponível. Ninguém poderia, na ótica de então, ser compelido, contra a sua vontade, adotar qualquer tipo de comportamento pessoal. Logo, ninguém poderia ser levado pela execução forçada a praticar prestações típicas das obrigações de fazer e não fazer.

Atendendo as críticas dirigidas ao antigo artigo 287 do Código de Processo Civil, sua redação, com o advento da lei 10.444/02, sofreu diversas modificações, passando a admitir a antecipação da tutela e a efetivação desta sob pena de multa, provando mais uma vez o total descabimento da ação cautelar para se alcançar a tutela inibitória, conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni: “O novo artigo 287 mostra de vez por todas a impropriedade absoluta do uso da ação cautelar para obtenção da tutela inibitória antecipada.”²¹ E continua:

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit., p. 90.

Esta nova redação possui grande valor teórico: 1) quebra da idéia de que existem somente três sentenças; 2) torna clara a possibilidade de atividade cognitiva e executiva em razão de uma única ação; 3) evidencia que a tutela preventiva não deve ser prestada por meio de ação cautelar; e 4) admite o uso da multa para compelir a um fazer que pode ser prestado por terceiro.²²

Logo, não restava ao jurista outra opção, antes da introdução do novo artigo 461 neste diploma legal, diante da iminência da ocorrência de um ilícito, a não ser lançar mão da “tutela cautelar,” que, em princípio, iria ser adequada, pois implicaria uma resposta imediata, porém surgiria a falsa questão da cautelar satisfativa, sendo concebida equivocadamente como uma verdadeira ação preventiva autônoma, sem a observância do artigo 806 do Código de Processo Civil, pois não haveria razão de se propor uma ação principal, vez que o que iria se requerer através deste instrumento já teria sido alcançado.

Nos dizeres de Galeno de Lacerda: “A medida cautelar não pode criar a situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante...”²³ E conclui: “A regra, porém, é que os atos satisfativos são vedados ao juiz, a título de providência cautelar inominada.”²⁴

Outro problema também era que a multa não podia ser utilizada para dar efetividade à tutela cautelar caso concedida.

Corroborar tal posicionamento a opinião de Barbosa Moreira ao mencionar:

²² *Idem Ibidem*, p. 90.

²³ LACERDA, Galeno de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112.

²⁴ *Idem Ibidem*, p. 112.

Mas a tutela cautelar é, por sua própria índole instável. Ademais, recai-se numa inútil duplicação de processos, quando a rigor bastaria um, se bem estruturado, para compor o litígio. E, afinal por que se há de dar a título de cautela aquilo que já se poderia dar sob a forma de prestação jurisdicional satisfativa?²⁵

Todavia, o direito à prevenção não pode ser considerado um acessório do direito à reparação do dano, e sim autônomo e também exercido por meio autônomo. A ação cautelar, além de ficar limitada à cognição sumária, visa garantir a efetividade de um processo principal, sendo, portanto, acessória. Desta forma, o direito material à prevenção não pode ser exercido através de uma ação acessória, por isso deve-se criar um instrumento autônomo, que seria através de uma ação inibitória, com procedimento próprio, incluindo o instituto da tutela antecipada e consagrando a sentença mandamental.

A acessoriedade da tutela cautelar e a sua difundida utilização são claramente notadas nas lições de Galeno de Lacerda:

A cautela inibitória do ilícito penal, proposta de acordo com o processo “civil”, como ação dependente de outra, também “não-penal”, com o mesmo objetivo, funciona admiravelmente como prevenção ou sustação do delito e como tutela dos direitos fundamentais do homem.²⁶

Opinião diversa, que defende a classificação da ação cautelar como tutela preventiva autônoma, é defendida por Joaquim Felipe Spadoni ao afirmar que “entendemos ser

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 26-27.

²⁶ LACERDA, Galeno de. Op. cit., p. 128.

a tutela cautelar espécie do gênero tutela preventiva,”²⁷ citando doutrinadores italianos que compartilham do mesmo entendimento como Micheli, *La acción preventiva*, p. 413; Cristina Rapisarda, *Profilli della tutela civile inibitoria*, p. 139, entre outros.

Porém, durante toda esta evolução do direito processual, a ação cautelar inominada foi utilizada como “válvula de escape,” nas palavras de Marinoni, pois a doutrina não vislumbrava outro meio de se inibir o ilícito devido à lacuna do legislador processual, o que ocasionou diversas complicações desnecessárias, a exemplo de se buscar o fundamento jurídico normativo do direito a prevenção na mesma origem do direito geral de cautela.

Os artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil consagram o poder cautelar geral do juiz, qualificado na doutrina como inominado ou atípico, exatamente porque situa fora e além das cautelas específicas previstas pelo legislador. Este deve voltar-se apenas para providências neutras em face do direito material controvertido e aptas para proteger tão-somente o processo, resguardando-lhe a eficácia prática quando afinal viesse a desaguar no provimento definitivo de mérito.

2.4. A necessidade de um novo modelo processual

Como demonstrado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante expressamente o direito de acesso à justiça diante da “ameaça a direito,” exigindo instrumentos adequados capazes de tutelar efetivamente à inviolabilidade dos direitos da personalidade, sob pena de se descumprir tal preceito e não se atingir seu fundamento maior da “dignidade da pessoa humana.”

²⁷ SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.* p. 27.

Donde se conclui que o cidadão pelo simples fato de ser titular de um direito possui direito a uma tutela inibitória, corroborada pela sábia lição de Luiz Guilherme Marinoni:

O direito à adequada tutela jurisdicional corresponde, no caso de direito não patrimonial, ao direito a uma tutela capaz de impedir a violação do direito. A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade.²⁸

A importância da tutela inibitória é que esta visa conservar a integridade do direito *in natura*, pois, além do fato de alguns direitos não poderem ser reparados e outros não são efetivamente protegidos pela técnica ressarcitória, é melhor prevenir do que ressarcir, porque este implicaria numa injusta substituição do direito originário por um direito de crédito equivalente ao valor do dano auferido no caso concreto, e devido a estes motivos ela se toma tão necessária.

Mauro Cappelletti reforça esta importância ao dizer: "Esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torna-los efetivos."²⁹

E complementa: "A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a "justiça social", isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns."³⁰

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 298.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 69

³⁰ *Idem Ibidem*, p. 93.

3. Da tutela inibitória

3.1. Considerações sobre a tutela inibitória

A tutela inibitória consiste numa forma de tutela específica do direito, atuada devido a um justo receio de uma futura violação destinada a impedir, de forma direta e principal, esta violação do próprio direito material da parte, podendo ainda se dar, para vedar a continuação ou repetição de um ilícito já praticado, não obstante, nestes dois últimos casos, a tutela ressarcitória se já houve algum dano.

Na definição de Luiz Guilherme Marinoni, o pioneiro no desenvolvimento do tema na doutrina pátria, “a tutela inibitória deve ser compreendida como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.”³¹

Para ilustrar, vale mencionar o exemplo trazido por José Carlos Barbosa Moreira referindo-se à tutela específica que teria por fim obrigar, em razão de contrato, um artista a não atuar nos espetáculos de determinada temporada, trazendo uma possibilidade de também termos uma tutela inibitória no campo das obrigações contratuais, porém não se podendo confundir a tutela contra o ilícito com a tutela contra o inadimplemento, embora ambas sejam de cunho preventivo.

Vê-se que a tutela inibitória não é uma tutela contra o dano, não sendo este condição *sine quo non* para a constituição do ilícito, e sim para o surgimento do dever de ressarcir, podendo obviamente o ilícito existir sem obrigatoriamente haver qualquer dano, não sendo uma tarefa muito fácil distinguir em muitos casos estes dois fenômenos, como bem atesta Luiz Guilherme Marinoni:

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 45.

É certo que a probabilidade do ilícito é com freqüência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separar, cronologicamente, o ilícito e o dano, embora, este possa ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória.³²

O Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar uma demanda em que familiares de um falecido pediam indenização e a abstenção da veiculação de um filme cinematográfico que ofenderia o direito à imagem e à honra, determinou que os réus definitivamente parassem de exibir o filme e condenou-os ao pagamento de ressarcimento por danos morais; o órgão colegiado, para inibir novas práticas no que tange a exibição do filme, cominou multa.³³

Porém, o que foi de maior valia foi a dissociação do ressarcimento, ou seja, o dano com a função preventiva, pois o valor da indenização não guarda relação com o valor da multa imposta, eis que na ementa deste julgado menciona que a indenização por danos morais não deveria tomar por base o valor da multa que tem “função inibidora, e não de ressarcimento.”

Logo, a tutela inibitória é autônoma, quebrando o dogma emanado do direito romano de que a única tutela contra o ilícito é a reparação do dano, unindo o instituto da ilicitude com o da responsabilidade civil.

Emanado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um julgado prevê expressamente, numa demanda visando a proteção de marca registrada, que é irrelevante “a existência de dolo ou culpa de comerciante que utiliza em seu nome comercial marca registrada de outrem.”³⁴

³² *Idem Ibidem*, p. 47.

³³ BRASIL. TJRJ, Ap. 39193, rel. Des. Wellington Moreira Pimentel, RT 619/ 175-180.

³⁴ BRASIL. TJSP, Ap. 83.073-1, rel. Des. Moretzsohn de Castro, Jurisprudência Brasileira, v. 132, p. 181-182.

Logo, constata-se que além do dano, os elementos subjetivos (culpa ou dolo), também não são imprescindíveis para embasar uma pretensão inibitória, pois esta é dirigida para o futuro, não necessitando fazer provas quanto a esses elementos, por via de consequência, não fazem parte da cognição do Magistrado.

Por excluir tais questões da instrução processual, o procedimento desta tutela tende a ser mais célere, resultando em respostas mais rápidas e efetivas aos direitos ameaçados.

3.2. Precedentes da tutela inibitória

Luiz Guilherme Marinoni aponta como antecedente histórico de justiça preventiva no direito luso-brasileiro a disposição das Ordenações Filipinas (L. III T. 78, § 5º), a propósito do interdito proibitório, regra que já figurava nas Afonsinas (L. III T. LXXX, §§ 4-6) e nas Manuelinas (L. III T. LXII, § 5º).

O ordenamento jurídico pátrio já previa espécies típicas de tutela preventiva a exemplo do que prescrevia o já revogado artigo 275, II, j do Código de Processo Civil e também o artigo 189 do Dec-Lei 7.903/45, Código da Propriedade Industrial, também já revogado.

O primeiro tratava da ação cominatória para impedir o uso nocivo da propriedade como bem ilustra a decisão que afirmou, na época, que “a cominatória é o meio idôneo para fazer cessar a perturbação do sossego dos vizinhos provocada por ruidosos bailes em localidade residencial.”³⁵ Todavia, embora este reconhecimento pelos Tribunais da época, ainda não era possível a tutela antecipada na ação cominatória e como a segurança, o sossego e a saúde, previstos como direitos de vizinhança (artigo 554 do Código Civil de 1916), não podiam esperar o tempo

³⁵ BRASIL. TJMS, Ap. 28.897-1, rel. Des. Josué de Oliveira, RT 677/190.

suficiente para o desfecho do processo de conhecimento, a única alternativa ainda seria lançar mão de uma ação de natureza cautelar, com todas aquelas peculiaridades que já se mencionou.

O segundo dispositivo dispunha “independente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito.”

3.3. Casos típicos de tutela preventiva no direito pátrio

Os exemplos mais legítimos de tutela inibitória se encontram no instituto do interdito proibitório e no mandado de segurança preventivo, embora aquele seja utilizado quase que exclusivamente para a defesa de direito possessório e o segundo somente em face do Poder Público.

a) A ação de interdito proibitório é uma das mais antigas e conhecidas ações inibitórias, atualmente prevista no artigo 932 do CPC que diz:

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o assegure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

As Ordenações Filipinas, em seu Livro 3º, Título 78, §5º, já diziam que:

se alguém se temer de outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão, ocupar e tomar suas

cousas, poderá requerer ao juiz que o segure a ele e as suas cousas do outro que o quiser ofender, a qual a segurança o juiz dará; e se depois dela tudo o que foi cometido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem pacificamente o caráter preventivo do interdito proibitório, bem como afirmam que a sentença emanada desta demanda implica numa ordem e não em uma condenação, que necessariamente haveria de ter um processo de execução para fazer valer o que já havia sido determinado.

Antônio Carlos Marcato ao analisar o instituto em questão destaca: "O interdito proibitório caracteriza-se pela sua natureza preventiva, impondo ao réu, uma vez acolhido pelo órgão jurisdicional, um veto e uma cominação de pena pecuniária caso ele transgrida a ordem judicial,"³⁶ ou seja, o mandado proibitório impõe ao réu um dever de não fazer, não violar o direito, sob pena de multa.

Apesar de tratar-se de uma questão bastante controvertida, este instituto também foi utilizado para a proteção do denominados bens incorpóreos, como, por exemplo, direito autoral, invento, marca comercial, etc, com inúmeros julgados de nossos Tribunais acatando este entendimento, pela única razão de ser essencial dar uma tutela preventiva a esses direitos. Porém a questão está longe de ser pacífica, com inclusive a súmula 228 do STJ que prevê "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral" e também julgados nos dois sentidos "No direito brasileiro, não há posse de direitos

³⁶ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*, 9º ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124-125.

peçoais". (RTJ 113/138, maioria). Contra: RT 659/67, maioria, JTA 116/254.³⁷

b) Outro exemplo típico de tutela preventiva no Código Processual Civil em vigor é encontrado no embargo da obra na demanda de nunciação de obra nova quando aquele visa vedar a construção que seria ilícita. Ressalte-se que quando se postula a demolição, reconstituição ou modificação, trata-se de tutela condenatória para os que defendem a classificação trinária ou executiva, para os doutrinadores que argumentam a favor da quinária. Porém, no que tange ao embargo de suspensão da obra, sua natureza é visivelmente inibitória.

Diz o inciso I do artigo 934 do Código de Processo Civil que a demanda de nunciação de obra nova pode ser proposta pelo "proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado". E o artigo 936 do mesmo diploma prevê os pedidos dentre os quais se destacam o de "embargo para que fique suspensa a obra..." e "a cominação de pena para caso de inobservância do preceito", que deverão constar da inicial.

c) Outra possibilidade típica era a ação cominatória prevista no antigo artigo 287 do Código de Processo Civil, entretanto, por vincular a imposição da multa com a expressão "descumprimento da sentença", Não se tornou adequado na proteção dos direitos da personalidade, já que esta espécie de direitos não pode aguardar o tempo necessário para a solução do processo de conhecimento com todos os seus recursos e prazo.

Tal erro foi corrigido pela lei 10.444/02 cuja nova redação posteriormente irá ser analisada.

Porém, mesmo ineficaz, um ponto positivo foi a distinção da astreinte, que não tem caráter indenizatório, das perdas e danos, constatado por Luiz Machado

³⁷ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 931.

Guimarães: “A par e sem prejuízo da pretensão de haver perdas e danos, está o credor provido de pretensão, nascida da lei processual, de compelir o devedor, com a cominação de pena, a prestar o fato ou abster-se do ato.”³⁸

d) Outro caso típico de inibitória, entretanto, previsto fora do Código de Processo Civil, é o caso do mandado de segurança preventivo regido pela Lei 1.553/51.

De acordo com o artigo 1º da lei supra:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus”, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Pela expressão “justo receio”, a doutrina não tem dúvida em afirmar que o mandado de segurança tem por escopo a prevenção da prática de arbitrariedade ou ilegalidade por parte de autoridade pública, quando esta ameaça de concretização esteja próxima no tempo.

O fato de este instrumento só poder ser usado em face de atos do Poder Público nos remete a um momento histórico em que o Estado era visto como grande intervencionista, atentando contra as liberdades públicas, necessitando os cidadãos de uma “arma contra o Estado,” guardando íntimo liame com os valores liberais.

Porém, nossa sociedade passou por inúmeras transformações, a ponto de Luiz Guilherme Marinoni afirmar “criação de um novo Estado de Direito”, um ente social e prestacional, interferindo para satisfação de necessidades sociais, restando quase que superada aquela visão de “Leviatã” do Poder Público.

³⁸ GUIMARÃES, Luiz Machado. Op. cit., p. 317.

O que se quer demonstrar é que não só o Estado que atenta contra os direitos dos particulares, mas também outros particulares. Portanto, também ineficaz, neste ponto, o instituto ao analisado.

3.4. Existência de um princípio geral da prevenção para construção de uma tutela inibitória atípica

São estes os casos típicos previstos na legislação pátria, agora, o que é de primordial importância, é saber se no direito brasileiro vige um princípio geral da prevenção dando abertura a criação de uma tutela inibitória atípica, ou seja, fora dos casos supra citados ou se estes mesmos casos constituem exceções de um ordenamento que prevê justamente o contrário, isto é, só a tutela ressarcitória contra o ilícito.

A demonstração deste princípio se faz indispensável para a continuação do desenvolvimento do tema sobre uma tutela inibitória atípica, pois neste tipo de tutela, o Estado invade a liberdade do indivíduo, resultando numa ordem de conduta ou na aplicação de meios sub rogatórios que assegurem o resultado prático equivalente. Portanto, tem o Estado uma certa ingerência em um campo protegido constitucionalmente pelo inciso II do artigo 5º da Constituição Federal que prevê “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por isso imprescindível um fundamento normativo.

Quanto mais os resultados desejados dependiam de uma conduta pessoal do obrigado, mais se acentuavam as dificuldades, sendo que esta resistência, essa liberdade do homem, era muito respeitada para efetivação das obrigações de fazer ou não fazer.

Contexto este bem caracterizado por Humberto Theodoro Júnior:

As idéias liberais, que fomentaram a Revolução Francesa, acabaram, no século XIX, por dar ao Estado uma

figura mínima e à vontade individual a dimensão maior no plano dos regramentos jurídicos... O indivíduo era o centro de toda a normatização jurídica, mesmo quando descumprisse o contrato, não poderia, de forma alguma, ser pessoalmente compelido a executar a prestação prometida ao credor.³⁹

Este óbice para realização da tutela inibitória guarda raízes no direito liberal clássico, e atualmente encontra-se superado pela doutrina que vive em um outro Estado, com outros valores e uma diferente época, como se depreende da lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Hoje considera-se integrada em nossa cultura a idéia de que em nada interfere na dignidade da pessoa, ou em sua liberdade de querer ou não querer, qualquer mecanismo consistente na produção, mediante atividades estatais imperativas, da situação jurídica final a que o cumprimento da obrigação de fazer ou de não-fazer deveria ter conduzido.⁴⁰

Ademais, a atual Magna Carta prevê como fundamento, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, não só garantindo uma gama de direitos fundamentais como também consagra o princípio do acesso à justiça diante da simples “ameaça a direito”, artigo 5º, XXXV, parte final.

Não há dúvida de que o direito de acesso à justiça assegurado pela Constituição vigente (dispositivo acima referido) garante o direito à adequada tutela jurisdicional, e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 9.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 220.

o exercício do direito à tutela inibitória, principalmente pela inserção da locução “ameaça a direito” na nova verbalização do princípio da inafastabilidade garantido a possibilidade de qualquer cidadão solicitar a tutela inibitória.

Portanto, se já declarada e protegida pelos princípios do acesso à justiça e da efetividade esculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a tutela preventiva nem precisaria de normas infraconstitucionais para ser proposta. Aliás, seria um absurdo prever a tutela inibitória para a proteção da posse e da propriedade e contra atos do poder público e excluir os direitos da personalidade.

Porém, para afastar qualquer dúvida, o legislador infraconstitucional na recente reforma do Código de Processo Civil, introduziu o novo artigo 461, conferindo a todos uma oportunidade para extrair do direito positivado uma nova tutela jurisdicional. E o mais importante, sem qualquer alusão a uma situação de direito material específica, podendo ser utilizada para a proteção de qualquer situação concreta envolvendo qualquer tipo de direito.

Conforme atesta Galeno de Lacerda: “A vida, porém, explode tão rica em situações imprevistas que não varremos, *a priori*, a eventualidade de urgir, em determinado caso, o deferimento de providência voluntária ou administrativa inominada, provocada pelo interessado.”⁴¹

Conclui-se que o novo artigo 461 deve ser compreendido como a fonte normativo-processual da tutela inibitória individual, sem qualquer problema para se admitir no Brasil uma tutela inibitória atípica, diferentemente do que ocorre na Itália segundo Marinoni ao lecionar: “A grande dificuldade para se conceber a atipicidade da inibitória na Itália advém do fato de o direito italiano não consagrar a atipicidade de uma sentença que possa impor um fazer ou um não fazer sob pena de multa.”⁴²

⁴¹ LACERDA, Galeno de. Op. cit., p. 99.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 39.

4. O artigo 461 do CPC e sua análise

4.1. Fonte normativa da tutela inibitória individual

O Código de Processo Civil traz em seu artigo 461 e parágrafos a seguinte redação:

Art. 461 Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art.287).

§3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a

imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.⁴³

Tal dispositivo possibilita que o cidadão busque o Judiciário através de ação que lhe permita obter, não só a antecipação da tutela, mas também a sentença e o meio de execução capazes de impedir a violação do direito.

4.2. Críticas da doutrina

Para Cândido Rangel Dinamarco existem, neste artigo e seus parágrafos, transgressões a dois dogmas instalados no sistema processual civil, que se legitimam plenamente, que são “o da necessária correlação entre a sentença e a demanda e o do exaurimento da competência do juiz a partir do momento em que publica a sentença de mérito,”⁴⁴ além de trazer uma defeituosa redação, “porque não faria sentido pensar em uma oposição entre conceder a tutela específica e determinar providências que assegurem o resultado,”⁴⁵ ou seja, o magistrado só determinará as providências de eficácia equivalente se o pedido tiver sido julgado procedente e em consequência houver sido concedida a tutela específica e o obrigado continuar a descumprir.

⁴³ BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/73. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 226.

⁴⁵ *Idem Ibidem*, p. 226.

A primeira transgressão suscitada surge do confronto dos artigos 461 e 463, ambos do Código de Processo Civil. O artigo 461, em caso de persistir a situação de descumprimento após a sentença prolatada e eficaz, permite que o juiz inove no processo para impor a nova medida em oposição ao que prescreve o artigo 463 supra citado, que impede essa providência, pois o juiz teria cumprido e acabado seu ofício jurisdicional ao prolatar a sentença. Ambos possuem o mesmo nível hierárquico, porém o primeiro, além de ser reformado por uma lei posterior, regula uma situação especial, derogando, desta forma, o segundo, facultando a possibilidade de oferecer a tutela jurisdicional mais efetiva tornando uma exceção à regra, nas palavras de Dinamarco "a inovação se dá mediante o restabelecimento do processo já extinto, o qual retorna a vida, ressuscitando, porque assim quer a lei."⁴⁶

A outra transgressão consiste no fato de incluir na sentença uma nova medida a ser imposta e que não havia sido pedida na demanda inicial, sendo justificada também pela efetividade da promessa constitucional de tutela jurisdicional e acesso à justiça.

O juiz, ao determinar essas providências para obtenção do resultado prático equivalente, deve estar atento e respeitar o resultado final que o autor tenha direito, não podendo mudar este fim, sob pena de julgar fora dos limites da demanda, implicando inclusive em nulidade da decisão. O que se submete ao arbítrio do julgador são as medidas, os meios para se atingir aquele fim pretendido desde a propositura da demanda. Não é outra a opinião de Dinamarco:

A extrapolação aos limites da demanda, permitida pelo art. 461, não chega a ponto de criar ou determinar a criação de uma situação final diferente

⁴⁶ *Idem Ibidem*, p. 227.

daquela pedida pelo autor na demanda inicial – e que, se ele tiver razão, já existia desde antes. Determinar em sentença um resultado que não tivesse no pedido nem na obrigação significaria obrigar o réu fora dos limites da lei e do contrato (Cons., art. 5º, inc. II), além de, provavelmente, transgredir ilegitimamente os limites do objeto do processo (CPC, art. 128 e 460).⁴⁷

Outro obstáculo cogitado também pela doutrina é oriundo da própria redação do artigo 461 do diploma processual civil que menciona obrigação de fazer e não fazer, não se referindo a deveres, somente permitindo a tutela das obrigações *strictu sensu*, desta forma, excluindo os direitos da personalidade.

Tal distinção acadêmica também é mencionada por Galeno de Lacerda ao mencionar:

Quanto aos direitos absolutos, erga omnes, compreensivos dos direitos reais e dos personalíssimos, ou da personalidade, é mais próprio falar em “dever” de fazer ou de não fazer, do que em “obrigação”. Nem se justifica, até perante o direito italiano, eliminar-se do âmbito das cautelas a imposição preventiva de um não fazer, isto é, a vedação da “prática de determinado ato”, em respeito a direitos absolutos, exatamente no setor onde se torna mais fecunda e oportuna a atuação das medidas inominadas de segurança.⁴⁸

⁴⁷ *Idem Ibidem*, p. 228

⁴⁸ LACERDA, Galeno de. Op. cit., p. 122.

Porém, fortes vozes marcadas pelo princípio da efetividade que tanto marcou as modificações introduzidas neste *Codex*, a exemplo de Ovídio Baptista da Silva que afirma:

... para que a compreensão do campo de incidência da norma contida no art. 461 evidencie que, no conceito de obrigação com que labora este artigo, compreendem-se tanto as obrigações *strictu sensu*, do Direito das Obrigações, quanto genericamente os deveres sociais e os que nascem no campo do Direito Público.⁴⁹

4.3. Análise do dispositivo

Todavia, expostas essas observações, o artigo 461 do Código de Processo Civil torna viável a obtenção da tutela inibitória através da propositura de uma única ação, sem haver necessidade de se pensar em demanda cautelar e de execução.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

A própria dicção da norma deste artigo indica que o objetivo do legislador foi criar uma ação onde o conhecimento e a execução se misturam, viabilizando a tutela do direito na ação inicialmente aforada, sem a necessidade de uma ação de execução.⁵⁰

A doutrina dispensa a execução, pois confirma o caráter mandamental da sentença, conceito este desenvolvido por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,

⁴⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v.1, 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 126.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 86.

porém alvo de muitas divergências e oposições, até porque o direito positivo nega que a sentença mandamental seja só mandamental sem antes disso ser condenatória, como bem atesta Cândido Rangel Dinamarco ao mencionar “o sistema repele, todavia, a existência de sentenças que sejam somente mandamentais, sem serem condenatórias.”⁵¹

Todavia, para os que admitem a classificação quinária, a mandamentalidade é uma eficácia, que certas sentenças possuem, de mandar o sujeito desenvolver ou se abster de determinada conduta, sem a necessidade de instauração de um processo executivo, sua principal importância é a imediatividade entre seu momento de eficácia e a execução, característica bem salientada por Pontes de Miranda em suas lições: “A ação mandamental tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda.”⁵²

Sobre a ordem que traz em seu bojo a sentença mandamental, sempre válida também é a lição de Dinamarco:

Tornou-se mais perceptível o caráter imperativo dessas sentenças e do comando que contêm, mediante a inclusão de um novo inciso e um parágrafo no art. 14 do Código de Processo Civil, que especifica deveres relacionados com a lealdade processual (red. Lei n. 10.358, de 27.12.2001). Agora, é dever de todos quantos atuem no processo dar cumprimento ou abster-se de embaraçar o cumprimento de provimentos mandamentais (art. 14, inc. V), reputando-se atentatório ao exercício da jurisdição a infração a esse dever (art. 14, par.).⁵³

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 231.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, VI, §1º, n.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970. p. 3.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 230.

Cabe também o registro do posicionamento de Ovídio Baptista da Silva:

Convém destacar que o preceito do art. 461, concebido com sábia flexibilidade, poderá agasalhar tanto demandas executivas, quanto – o que é ainda mais significativo, em termos de Teoria Geral do Processo – as mandamentais que porventura decorram das pretensões fundadas em obrigações de fazer ou não fazer.⁵⁴

Corroborada pela opinião do doutrinador Kazuo Watanabe ao firmar seu posicionamento: “não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à da ação inibitória do direito italiano.”⁵⁵

Galeno de Lacerda explica que:

A *injunction*, em regra, apresenta caráter negativo e, como as *inhibitiones* germânicas, impõe um não-fazer nos assuntos mais diversos. Em casos mais raros, pode, contudo, ordenar um fazer, como a demolição de parede que prejudique servidão de luz.⁵⁶

Assim, o *caput* do art. 461 coloca em último plano a conversão em perdas e danos, e dá garantia ostensiva ao direito do credor de exigir, em juízo, o cumprimento *in natura* da prestação devida ou de algo que praticamente a ela se equivalha. A nova postura legislativa é valorizar a

⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista. Op. cit., p. 126.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, Nota 1 ao art. 83, p. 837.

⁵⁶ LACERDA, Galeno de. Op. cit., p. 104.

execução específica mesmo quando se trata de obrigação infungível.

Quando não se alcança exatamente a prestação que era devida, pode chegar ainda a um resultado prático a ela equivalente, lançando mão dos meios sub-rogatórios, que nas palavras de Theodoro Júnior são: “todo e qualquer expediente adotado pelo juiz para alcançar, com ou sem a cooperação do devedor, o resultado correspondente à prestação devida.”⁵⁷

O §3º do artigo 461 do CPC permite ser antecipada a tutela quando cumulativamente for relevante o fundamento da demanda e houver justo receio de ineficácia do provimento final, associando-se, apesar de algumas diferenças de redação, ao artigo 273 do mesmo diploma, numa relação espécie/gênero, pois aquele não admite expressamente a antecipação sob o fundamento de conduta dilatória do réu.

Porém, para alguns, a exemplo de Dinamarco, não “haveria razão para que a lei pretendesse uma suposta restrição, quando põe tanto empenho do reforço da antecipação da tutela específica.”⁵⁸

O objetivo do instituto da antecipação previsto neste parágrafo é permitir ao titular de direito gozar, total ou parcialmente, da situação final postulada em seu arrazoado, sendo um importante instrumento quando se trata de efetividade do acesso à justiça.

Para garantir a efetividade das decisões judiciais, o legislador no parágrafo 4º do dispositivo em questão permitiu a imposição de multas de caráter para fazer uma espécie de pressão psicológica visando o cumprimento por parte do obrigado com o intuito de evitar o agravamento de sua situação. Tal medida pode ser imposta independentemente de pedido, pois o descumprimento de uma ordem judicial, seja ela antecipatória ou final, não só

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 24.

⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 234.

causa lesão ao credor como também importa em insubordinação à autoridade.

Segundo Humberto Theodoro Júnior: "A mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor é, sem dúvida, a sanção pecuniária, a multa."⁵⁹

A *astreinte* não é meio de satisfação da obrigação, mas simples meio de pressão. Portanto, não cumprida a obrigação personalíssima, mesmo com a imposição de multa diária, o devedor afinal ficará sujeito ao pagamento tanto da multa como das perdas e danos.

Existem posicionamentos que não admitem uma perpetuação da multa, principalmente depois que seu montante acumulado já tenha ultrapassado o valor total da obrigação. O STJ já chegou a declarar que, na espécie, poderia ocorrer um enriquecimento sem causa.

Sobre a aplicação da multa, a doutrina tem entendido que esta não se liga a poder discricionário do juiz; sempre que esta for "suficiente e compatível com a obrigação" (art. 461, §4º), terá o juiz de aplicá-la, independentemente de requerimento da parte interessada. Acerca de seu quantum, a lei não apresenta parâmetros obrigatórios para a fixação da multa; cabe ao juiz agir com prudência a fim de arbitrar multa que seja, segundo o mandamento legal, "suficiente e compatível" com a obrigação, embora, uma vez fixada, a multa não se torna imutável.

O juiz, sempre que usar a *astreinte*, deve fixar "prazo razoável para cumprimento da obrigação", conforme preceitua o referido parágrafo §4º e somente depois de seu escoamento é que, persistindo o inadimplemento, o devedor estará sujeito à pena cominada;

Vale acrescentar que pela redação do artigo 461 §5º do CPC sempre que se demonstre a necessidade de se cominar uma medida para fazer cumprir a decisão, logo é admissível a superveniência da cominação das

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 24.

providências cujo rol exemplificativo encontra-se neste parágrafo.

Apesar da redação legal conter a expressão “de ofício ou a requerimento da parte”, alguns doutrinadores defendem que somente a multa pode ser aplicada *ex officio*, as demais medidas devem ser pleiteadas pela parte interessada, a exemplo de Theodoro Júnior ao afirmar: “A aplicação da multa diária pode ocorrer de ofício, ou a requerimento da parte; mas as medidas do §5º do art. 461 só se deferem a requerimento da parte.”⁶⁰

Bastante oportuna é a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar: “O artigo 461 quebra o princípio da tipicidade das formas executivas possibilitando ao juiz a aplicação da medida mais adequada ao caso concreto, exemplificando algumas delas em seu §5º.”⁶¹

Estamos na presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, segundo seu justo arbítrio, motivado pela exigência e valoração dos fatos, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, sempre norteado pela proporcionalidade e razoabilidade.

Joaquim Felipe Spadoni defende inclusive a decretação da prisão do réu inadimplente como medida coercitiva inominada, se esquivando da disposição constitucional prevista no art. 5º LXVII, que prevê a regra geral de que não haverá prisão civil por dívida.

É que, neste ponto, acompanhamos a posição de Pontes de Miranda que interpreta de forma restritiva o dispositivo acima transcrito. A “dívida” a que se refere o texto constitucional é apenas aquela dívida pecuniária, que implica pagamento de dinheiro, e que

⁶⁰ *Idem Ibidem*, p. 33.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 87.

depende de disponibilidade de patrimônio pelo devedor. Não se estende a outras hipóteses de obrigações que não sejam pecuniárias, como as de entregar coisa ou de fazer e não fazer. A prisão civil decorrente da desobediência à ordem judicial de cumprimento dessas obrigações é sempre possível na legislação, não estando abrangidas pela garantia constitucional.⁶²

Ovídio Baptista da Silva rechaça esse entendimento por entender ser o inciso acima referido uma norma garantista, logo devendo ser interpretada de maneira ampliativa.

Posição esta defendida também por Theodoro Júnior ao afirmar:

Expedientes condenados pela ordem jurídica, como a prisão civil por dívida, obviamente não se incluem nos meios de coerção utilizáveis na espécie. Na escolha de providência extravagante, preconiza-se a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de sorte a guardar a relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar para o réu "sacrifício maior que o necessário"...

A vedação da prisão civil não impede que o infrator da ordem judicial cometa crime de desobediência e, assim, eventualmente, venha a ser preso segundo as regras do direito penal. O que não se admite é o juiz cível usar a prisão diretamente como expediente de execução civil.⁶³

⁶² SPADONI, Joaquim Felipe. *Op. cit.*, p. 201.

⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 30.

4.4. Importância do dispositivo

Quando a demanda envolve situações de direito material peculiarizadas por uma extrema dificuldade de suportar o tempo do processo de conhecimento, não se pode conferir a elas um procedimento sem a tutela capaz de responder sumariamente ao direito, pois estaria em desacordo com os mandamentos constitucionais de efetividade e acesso à Justiça.

Embora o artigo 461 do CPC não faça surgir um procedimento documental semelhante ao Mandado de Segurança, a compreensão dos pressupostos da tutela inibitória permite que este procedimento não seja invadido por questões alheias à tutela contra o ilícito, tornando o procedimento “sumarizado”. Torna-se oportuna a lição de Marinoni, quando este afirma: “se o objetivo é evitar o ilícito, não importando o dano, a culpa ou o dolo, não é possível admitir, no procedimento inibitório, alegações e provas que digam respeito a qualquer um desses elementos.”⁶⁴

Portanto, torna-se necessário esclarecer os requisitos da tutela solicitada, eliminando do procedimento a possibilidade da cognição de questões que não precisam ser discutidas, objetivando um adequado tratamento à situação de direito material deduzida em juízo.

Inevitável é a comparação da tutela inibitória ao Mandado de segurança preventivo, a ponto de Barbosa Moreira afirmar:

Falta em nosso ordenamento jurídico, contudo, remédio correspondente ao mandado de segurança, com relação a ofensas que se têm razões para temer por obra de algum ato não emanado de “autoridade”. Aquele que fundadamente receie a violação de sua

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 305.

intimidade por particular não dispõe de um meio de tutela de eficácia comparável à do que lhe proporciona a lei contra moléstia iminente na posse: no interdito proibitório, com efeito, é possível obter, in limine litis, mandado em que se vede ao réu a prática do esbulho ou turbção e se lhe comine “determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito” (CPC, art. 932, fine). Nada de semelhante se prevê para a proteção do direito à preservação da intimidade.⁶⁵

Tentativa houve de regulamentar, no artigo 85 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), uma espécie de mandado de segurança com o intuito de predispor um instrumento para a tutela individual do consumidor em juízo, além de viabilizar o uso deste instituto para tutela dos interesses difusos e coletivos desconsiderados pelo particular.

Assim dispunha aquela norma, cujo conteúdo foi posteriormente vetado: “Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança”.

Porém, tal dispositivo foi vetado, segundo Marinoni “veto este sem qualquer sustentação jurídica, uma injustificável resistência ao uso do mandado de segurança contra o particular.”⁶⁶ A fundamentação que motivou aquele ato foi a seguinte:

As ações de mandado de segurança e de habeas data destinam-se, por sua

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo Civil e direito à preservação da intimidade*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 301.

natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivos precípuos os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna.

Portanto, o uso da tutela inibitória surge como uma opção para aqueles que vêem seus direitos na iminência de sofrer o primeiro, ou repetido e continuado ilícito praticado pelo Poder Público, porém não dispõe de provas documentais hábeis a instruir um mandado de segurança ou pelo particular em qualquer situação de direito material.

Luiz Guilherme Marinoni, defensor deste posicionamento, ainda atesta que: “Os artigos 461 e 84 do CDC uma vez lidos à luz da teoria da tutela inibitória abrem oportunidade para procedimentos capazes de tutelar de forma adequada e efetiva os direitos, notadamente os de conteúdo não patrimonial”.⁶⁷

Ademais, o novo Código Civil pátrio estabelece no caput de seu artigo 12 o seguinte: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei,”⁶⁸ evidenciando a inviolabilidade dos direitos da personalidade já consolidados na Constituição em vigor e convocando os juristas a encontrarem na legislação processual uma via que realmente permita uma efetiva e adequada tutela para proteção destes direitos.

⁶⁷ *Idem Ibidem*. p. 302. A referência ao artigo 84 do CDC diz respeito à fonte normativa que viabiliza a tutela inibitória coletiva na visão da doutrina mais especializada, dentre os quais destacamos Luiz Guilherme Marinoni, Joaquim Felipe Spadoni, Sérgio Cruz Arenhart.

⁶⁸ BRASIL. *Código Civil*, lei nº 10.406/02, 54ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

Cabe registrar que a prevenção prestada através da tutela inibitória com o conseqüente impedimento da concretização do ilícito melhor se enquadra para a proteção destes direitos, que, conforme demonstrado, não são adequadamente tutelados pela tutela ressarcitória, implicando esta numa verdadeira conversão em perdas e danos, sem qualquer parâmetro.

Tal instrumento é viabilizado pela lei constitucional (art. 5º, XXXV), tendo como fonte normativo-processual o artigo 461 do Código de Processo Civil ora comentado.

Diante da importância destes direitos e da necessidade de sua real proteção para o convívio social, vale registrar a lição de Ovídio Baptista da Silva alertando para a necessidade de o procedimento “crescer na razão inversa do grau de evidência do direito submetido à apreciação judicial.”⁶⁹

O direito de ação é um direito cívico de acesso à Justiça, como uma das garantias fundamentais do moderno Estado Democrático de direito.

5. Conclusão

Conclui-se que a tutela inibitória é essencial em um ordenamento jurídico que se preocupa em proteger e dar efetividade aos direitos proclamados.

Partindo-se das premissas de que o processo deve-se constituir em instrumento para a tutela dos direitos e de que o Estado ao avocar a jurisdição criou para os cidadãos o direito de exigir uma adequada e efetiva tutela, surge o dever de refletir acerca de técnicas processuais idôneas, capazes de atender às novas situações de direito

⁶⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. O processo civil e sua recente reforma. In: *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil* 7/132 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 305.

substancial, já que os meios disponíveis até então não cumpriam este papel de maneira satisfatória.

O novo artigo 461 e seus parágrafos do Código de Processo Civil representam respostas a esta obrigação, cabendo aos juristas aplicar e compreender estas normas sob a ótica da efetividade do processo, sempre com a idéia de que o processo só terá legitimidade se for capaz de resolver os conflitos dos jurisdicionados de maneira eficaz nas diferentes situações de direito material, daí a imprescindibilidade da tutela inibitória na sociedade moderna.

Nosso ordenamento jurídico consagra o princípio geral da prevenção, permitindo uma ingerência do Estado dentro da liberalidade do cidadão para inibir a prática, repetição ou continuação do ilícito, sendo a fonte normativo-processual o artigo 461 supramencionado permitindo a utilização de uma ação autônoma, dotada não só de técnica antecipatória, mas também de meios executivos próprios, de procedimento célere, pois não permite dilação probatória de matérias estranhas a sua natureza, propiciando respostas mais tempestivas aos direitos deduzidos em juízo.

Logo, a conversão da obrigação principal em perdas e danos se tornou a exceção da regra que visa o adimplemento *in natura* da mesma, podendo o Magistrado se valer dos meios proporcionalmente necessários para garantir este cumprimento ou o resultado prático equivalente.

Referências:

BRASIL. *Código Civil*, Lei nº 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869/73. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al.. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

LACERDA, Galeno de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva*. Temas de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Processo Civil e direito à preservação da intimidade*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In *Revista de Processo*, ano 27, nº 105, Jan/Mar 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 36^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, VI, §1º, n.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1, 3^a ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. In: *Revista de Processo*. ano 27, nº 105, Jan/Mar 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RESUMO

Tratou esta monografia de um estudo sobre a tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais. A tutela inibitória é uma tutela diferenciada, viabilizada pela redação dada ao artigo 461 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, meio de solução preventiva a direitos que estejam na iminência de serem violados, levando-se em conta que os direitos da personalidade não devem ser convertidos em pecúnia, devendo haver a conservação destes *in natura*.

ABSTRACT

This work focused on a preventive court order to defend fundamental rights. The preventive court order is of a special type, made viable by article 461 of the Civil Procedure Code, instrument of preventive protection to rights about to be violated, considering personality rights may not be converted into monetary value and must be preserved *in natura*.